



Informe 7/2011, de 5 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña (Comisión Permanente)

Asunto: Aplicabilidad de la extensión de las prohibiciones de contratar prevista en el artículo 49.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector público

ANTECEDENTES

I. El Alcalde del Ayuntamiento del Masnou ha solicitado el informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en relación con la aplicación del artículo 49.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, a un supuesto de hecho determinado.

En concreto, plantea si, en el caso que una empresa adjudicataria de un contrato de servicios se viera afectada por una prohibición de contratar porque *"ha contraído deudas con la Seguridad Social y con la Agencia Tributaria, las cuales se reclaman en periodo ejecutivo"* se podría invitar *"a la persona que actuaba como apoderado y socio"* de esta empresa al procedimiento negociado que se convocara para adjudicar aquel mismo servicio o si, por contra, se tendría que aplicar el artículo 49.3 mencionado.

II. El artículo 4.9 del Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, establece que esta Junta informa sobre las cuestiones que, en materia de contratación, le sometan las entidades que integran la Administración local. Por otra parte, el artículo 11.4 del mismo Decreto atribuye a la Comisión Permanente la aprobación de los informes correspondientes.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Los apartados 1 y 2 del artículo 49 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (de ahora en adelante, LCSP), relativo a las "prohibiciones de contratar", recogen una serie de circunstancias que, en caso de que concurren, imposibilitan a las personas en que se den para contratar con el sector público o con las administraciones públicas, respectivamente.

Estos catálogos de causas de prohibición de contratar, que tienen carácter tasado, determinan parcialmente el régimen de aptitud de las empresas para contratar con el sector público, dado que la no concurrencia de ninguna de estas causas, junto con la acreditación de la plena capacidad de obrar y de la solvencia –y, en su caso, del hecho de contar con la habilitación empresarial o profesional exigible–, conforman las condiciones de aptitud que tienen que reunir las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, para contratar con el sector público.



Esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, como también otras, ha analizado en diversas ocasiones las condiciones de aptitud de las empresas para poder contratar con el sector público y, más específicamente, las prohibiciones de contratar. A efectos de la consulta que plantea el Ayuntamiento del Masnou hay que efectuar una remisión, en concreto, al Informe de esta Junta 13/2009, de 30 de septiembre¹, que contiene un breve planteamiento sobre el alcance y la extensión de las prohibiciones de contratar –de acuerdo con las pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea–, así como sobre su naturaleza jurídica.

II. La LCSP incorporó, como novedad respecto de la regulación que contenían sobre esta materia disposiciones anteriores², la extensión de los efectos de las prohibiciones de contratar a sujetos diferentes a aquéllos en que concurren específicamente las circunstancias legalmente establecidas que impiden contratar con el sector público, en general, y con las administraciones públicas, en particular.

Así, el apartado 3 del artículo 49 de la LCSP dispone:

"Las prohibiciones de contratar afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquéllas".

Esta nueva previsión ha sido analizada por parte de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en el Informe 25/09, de 1 de febrero de 2010, sobre la extensión de la prohibición de contratar declarada a una empresa en las restantes que integran un grupo; por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en el Informe 7/2009, de 28 de diciembre, sobre la aplicación de la prohibición de contratar a empresas en las que se aprecien las circunstancias previstas en el artículo 49.3 de la LCSP;

¹ Relativo a la aplicación de la prohibición de contratar de una empresa dominante de un grupo de empresas a las empresas del mismo grupo, en virtud del artículo 49.3 de la LCSP.

² Ni la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, ni el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, contenían una previsión igual o similar a la del artículo 49.3 de la LCSP. Asimismo, en el ámbito del derecho comunitario tampoco se encuentra ninguna previsión igual o similar en concreto, en las directivas 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios; 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de contratación en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales; y 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministros y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE.



y por esta Junta Consultiva, en el Informe 13/2009, de 30 de septiembre, al cual ya se ha hecho referencia.

De las consideraciones jurídicas contenidas en estos informes hay que señalar, a efectos de dar respuesta a la cuestión que plantea el Ayuntamiento del Masnou, las siguientes:

- Con la presunción contenida en el artículo 49.3 de la LCSP se pretende evitar el fraude de ley producido cuando la creación o modificación de empresas tiene por finalidad eludir la aplicación de las prohibiciones de contratar.

La Junta Consultiva de la Comunidad de Madrid entiende, además, en el Informe 7/2009 mencionado, que esta previsión *"está en sintonía con la consolidada doctrina del levantamiento del velo³ de las personas jurídicas como rechazo del abuso del derecho y de no tolerancia con el fraude de ley"*.

- La aplicación del artículo 49.3 de la LCSP tiene que llevarse a cabo mediante el análisis de las circunstancias concretas que concurren en cada caso, sin que sea posible fijar un criterio de aplicación general. En este sentido, estos informes señalan, como circunstancias que se pueden tener en cuenta para presumir que una empresa es continuación o deriva de otra declarada en prohibición de contratar, las siguientes:
 - o La fecha de constitución (o de incorporación en un grupo de empresas determinado, en su caso) de la empresa que presuntamente es continuación o deriva de otra declarada en prohibición de contratar⁴.
 - o Las personas que rigen las empresas; es decir, los miembros del órgano de administración y de dirección y los accionistas.

³ Esta doctrina jurisprudencial pretende evitar el abuso de la personalidad jurídica en fraude de ley o en fraude de acreedores –que se da cuando la sociedad se configura como cobertura para eludir el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales y extra contractuales, consiguiendo un resultado contrario al ordenamiento jurídico, injusto o dañino para terceras personas–, y permite a los jueces prescindir de la forma externa de la persona jurídica y llegar a las personas y los bienes que se amparan bajo su cobertura.

⁴ Respecto de esta circunstancia, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado manifiesta, en el Informe 25/09 citado, que, si bien el hecho de que una empresa se hubiera constituido o incorporado a un grupo de empresas con posterioridad a la fecha de resolución que declara una prohibición de contratar de una empresa del mismo grupo, puede determinar la aplicación de la presunción del artículo 49.3 de la LCSP –siempre que se valoren también otras circunstancias–, una constitución o incorporación en el grupo anterior a la declaración de prohibición mencionada no comporta necesariamente la exclusión de la aplicación de la referida presunción.



- La coincidencia o similitud de objetos sociales, así como de medios humanos y materiales, entre la empresa declarada en prohibición de contratar y la empresa que presuntamente es la continuación o deriva.
- Otras actuaciones que se lleven a cabo en fechas próximas a la declaración de prohibición de contratar, como cambios de denominación, ceses y nuevos nombramientos de los titulares de los cargos que rigen las empresas y cualesquiera otras que se puedan considerar como indicios de la voluntad de evitar los efectos de la prohibición de contratar.

Hay que tener presente que el hecho de que todas las circunstancias señaladas hagan referencia a la posible extensión de los efectos de las prohibiciones de contratar, por una parte, sólo a personas jurídicas y, por otra parte, en caso de empresas pertenecientes a un mismo grupo empresarial, viene motivado por el objeto de las cuestiones planteadas en los informes mencionados de las Juntas consultivas, que hacen referencia a la posible aplicación del artículo 49.3 de la LCSP en el caso de grupo de empresas, a diferencia de lo que sucede con la consulta que motiva la emisión del presente informe.

- La LCSP y la norma que la desarrolla parcialmente –el Real decreto 817/2009, de 8 de mayo– no contienen una regulación expresa sobre la aplicación de este artículo 49.3 de la LCSP, de manera que quedan sin determinar aspectos de su régimen jurídico como la competencia para apreciar que procede aplicarla, el procedimiento y los plazos para llevarla a cabo y la concreción de los supuestos en que se puede presumir la continuación o la derivación de empresas.

No obstante, y únicamente con respecto a la competencia, la Junta Consultiva del Estado hace la aclaración siguiente:

"La concurrencia de las circunstancias que comportan la aplicación de esta disposición se tienen que apreciar, en su caso, por el órgano de contratación poniendo la circunstancia en conocimiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa para si procediera la tramitación del expediente de declaración de la prohibición de contratar como consecuencia de la extensión de tal prohibición declarada".

III. Una vez señalados los rasgos que, de acuerdo con los pronunciamientos hasta ahora emitidos por las Juntas Consultivas, perfilan parcialmente la previsión contenida en el artículo 49.3 de la LCSP, hay que determinar si ésta puede resultar de aplicación al supuesto de hecho que se plantea en el escrito de consulta. Así, procede analizar la posibilidad de extender los efectos de la prohibición de contratar en que incurre una persona jurídica a la persona física "que actuaba como apoderado y socio de la empresa", para presumir que es la continuación.

En este sentido, se considera necesario señalar, en primer término, que, aunque el artículo 49.3 de la LCSP alude sólo a la posibilidad de extender los efectos de las prohibiciones de



contratar a "empresas", hay que entender que con este término se está haciendo referencia, en general, a toda persona, física o jurídica, que pueda contratar con el sector público.

Ciertamente, éste no es el único precepto de la LCSP en que se utiliza el término "empresa" en un sentido amplio y que incluye tanto a otras personas jurídicas, como a personas físicas profesionales partícipes en los procedimientos de contratación pública⁵. Asimismo, la alusión que se contiene en este precepto a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles –que, lógicamente, sólo pueden llevar a presumir la derivación o continuación para este tipo de personas jurídicas– no impide que, al margen de estas modificaciones, se pueda presumir la continuación o derivación en el caso de personas físicas.

En segundo lugar, hay que insistir que la eventual extensión de los efectos de la prohibición de contratar de una persona jurídica a una persona física que forma parte, tiene que fundamentarse en la presunción de la continuación o derivación de esta persona física respecto de la persona jurídica declarada en prohibición de contratar o incurso en una causa de prohibición de contratar⁶, sobre la base de las circunstancias concretas que concurran.

Efectivamente, la consideración de estas circunstancias es necesaria a efectos de evitar que toda participación de una persona física en una empresa u otra persona jurídica tenga como resultado, en caso de que ésta esté incurso o sea declarada en prohibición de contratar y por la extensión de los efectos de dicha prohibición, que aquélla, en ningún caso, pueda participar como persona física en cualquier procedimiento de contratación pública, ya que eso supone una restricción desproporcionada del principio de libre competencia⁷.

⁵ Por ejemplo, el artículo 45 de la LCSP hace referencia a la limitación de la capacidad para participar en determinados procedimientos de contratación de las "empresas" que hayan participado en la elaboración de las especificaciones técnicas; el artículo 91.4 de la LCSP prevé la confiscación de la garantía provisional a "empresas" que retiren injustificadamente su proposición; y el artículo 160 de la LCSP establece la necesidad de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los procedimientos negociados fijen los aspectos que serán objeto de negociación con las "empresas", entre muchos otros.

En este mismo sentido, el artículo 1 del Real decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la LCSP, se refiere a "sociedades", "empresarios que sean personas físicas" y "profesionales que no tengan la condición de empresarios" como "empresas".

⁶ Según sí, de acuerdo con el artículo 50.1 de la LCSP, la prohibición de contratar requiere declaración previa o es de apreciación directa por los órganos de contratación.

⁷ Esta misma idea subyace en el ya mencionado Informe 25/09 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, aunque en relación a un supuesto de hecho diferente. En este informe se señala la necesidad de valorar diversas circunstancias, como la fecha de constitución y también la identidad o similitud de objetos sociales y de medios humanos y materiales, para presumir la continuación o derivación en el caso de un grupo de empresas dado que *"de lo contrario, ningún grupo de empresas que englobe una sociedad incurso en prohibición de contratar podría participar en un procedimiento de licitación pública con una sociedad constituida con posterioridad a la fecha de resolución de la prohibición de contratar correspondiente, ni tan sólo cuando dicha"*



Por lo tanto, en el supuesto de hecho que plantea el Ayuntamiento del Masnou para determinar si, una vez apreciada la prohibición de contratar de la empresa que le prestaba un servicio de asistencia técnica, la prestación de este mismo servicio por parte de la persona física que forma parte se lleva a cabo para evitar la aplicación de dicha prohibición en fraude de ley, hay que valorar las circunstancias concretas que concurren. Esta Junta Consultiva las desconoce, ya que no se mencionan en el escrito de consulta, y, en todo caso, corresponde valorarlas a los órganos que tienen atribuido el asesoramiento jurídico del órgano de contratación.

No obstante, de la petición de informe se desprende la concurrencia de una de las circunstancias que, en la línea de las recogidas en los informes de las juntas consultivas a que se ha hecho referencia en la consideración jurídica anterior, podría ser tenida en cuenta a efectos de la aplicación del artículo 49.3 de la LCSP, esto es, la coincidencia entre el objeto social de la empresa declarada o incurso en prohibición de contratar y la actividad que la persona física que forma parte pasaría a prestar ahora por su cuenta.

Junto con esta circunstancia, e igualmente en la línea de lo que ya han manifestado otras juntas consultivas, para poder presumir, en su caso, la continuación, también habría que tenerse en cuenta la coincidencia de medios materiales y técnicos con que se llevaría a cabo el servicio.

Además, en el supuesto de hecho planteado en el escrito de consulta, también habría que tener en consideración, necesariamente, las dimensiones y la estructura de la empresa, ya que si se tratara, por ejemplo, de una sociedad unipersonal, el hecho de que cuando ésta hubiera incurrido en una causa de prohibición de contratar, el socio único pasara a llevar a cabo la misma actividad pero actuando como persona física, podría llevar a presumir la continuación. En cambio, si se tratara de una empresa no unipersonal, el solo hecho de que una persona física fuera socia y apoderada no parece suficiente para presumir, sin tener en cuenta ninguna otra circunstancia, que su actuación como profesional persona física, una vez incurso la empresa en una causa de prohibición de contratar, se llevara a cabo para evitar la aplicación de dicha prohibición en fraude de ley, aunque la actividad de una y otra fuera la misma.

IV. En otro orden de consideraciones, aunque no es objeto de consulta, se considera conveniente recordar, visto el supuesto de hecho que se describe en el escrito de petición de informe, que el procedimiento negociado es un procedimiento excepcional, al que sólo se puede recurrir si concurre alguna de las causas habilitantes previstas con carácter tasado en los artículos 154 a 159 de la LCSP, que tiene como elemento definidor la negociación de las condiciones del contrato con las empresas participantes y que se caracteriza por ser un procedimiento flexible, justamente por la negociación que se lleva a cabo.

sociedad tuviera un objeto social diferente del de la empresa incurso en prohibición de contratar y contara con medios humanos y técnicos diferentes".



En este sentido, y como ya puso de manifiesto esta Junta Consultiva⁸, la concurrencia de una de las causas que habilitan su utilización es un requisito imprescindible para poder adjudicar un contrato mediante este procedimiento, pero no tiene que ser el único motivo por el cual se recurra, de manera que dicha concurrencia posibilita la utilización de este tipo de procedimiento pero no lo impone⁹.

Asimismo, el hecho de que, de acuerdo con el artículo 161 de la LCSP, no haya obligación de publicar anuncios de licitación en determinados contratos que se adjudiquen por este tipo de procedimiento, no obsta que estos anuncios se puedan efectuar para que presenten su oferta todos los empresarios interesados y no sólo aquéllos a los que el órgano de contratación solicite oferta.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa formula la siguiente

CONCLUSIÓN

De conformidad con el artículo 49.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, los efectos de las prohibiciones de contratar en que se encuentren incurso las personas jurídicas se pueden extender a las personas físicas de las que se presume que son la continuación o derivan, atendiendo las circunstancias concretas que concurran en cada caso, tales como las señaladas en las consideraciones jurídicas II y III de este informe.

Barcelona, 5 de julio de 2011

⁸ Informe 1/2011, de 14 de abril, de la Comisión Permanente, sobre la forma de presentación de las proposiciones e intervención de la mesa de contratación en procedimientos negociados en los que se establezcan criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y criterios evaluables de forma automática; y forma de presentación de las proposiciones en procedimientos para la adjudicación de contratos sujetas a regulación armonizada de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de administraciones públicas.

⁹ En esta misma línea, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón ha afirmado en la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, que, incluso cuando la LCSP posibilita utilizar el procedimiento negociado, el órgano de contratación tiene que motivar el porqué de su elección, atendiendo a las ventajas que se derivarían de la utilización de este procedimiento.